

Zespół prawników praktyki prawa zamówień publicznych w kancelarii SPCG świadczy usługi w zakresie kompleksowego doradztwa prawnego zarówno podmiotom udzielającym zamówień, jak i wykonawcom uczestniczącym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Doradzamy w zakresie przygotowywania i przeprowadzania postępowań przetargowych i konkursów, dokonujemy oceny SIWZ pod względem zgodności z prawem zamówień publicznych, sporządzamy opinie prawne związane z problematyką zamówień publicznych oraz wykonaniem i zmianą umów zawartych w trybie zamówień publicznych.

Reprezentujemy klientów w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą, przygotowujemy skargi od rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej do sądów powszechnych oraz reprezentujemy klientów w postępowaniach przed sądami powszechnymi.

W niniejszym opracowaniu prezentujemy wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W styczniu 2018 roku Krajowa Izba Odwoławcza wydała kilkadziesiąt orzeczeń. Izba wypowiedała się m.in. co do zarzutów dotyczących:

1. rażąco niskiej ceny;
2. zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
3. konieczności podjęcia przez wykonawcę współpracy z podmiotem trzecim w celu spełnienia świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego;
4. ustalenia wysokości stawki VAT w przypadku wątpliwości co do prawidłowości stawki wskazanej w ofercie;
5. wprowadzenia zamawiającego w błąd w sposób mogący wpłynąć na wynik postępowania;
6. wzywania wykonawcy do złożenia dokumentów lub wyjaśnień;
7. złożonych metod oceny ceny ofertowej;
8. możliwości unieważnienia przetargu ze względu na istotną zmianę okoliczności, powodującą że przeprowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym;
9. uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy;
10. interesu wykonawcy we wniesieniu odwołania;
11. niewykonania czynności pomimo uprzedniego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu odwołania.

W pierwszej części newslettera prezentujemy wybrane orzeczenia, w ramach których KIO badała kwestie rażąco niskiej ceny oferty (1).

Pozostałe zagadnienia (2-11) będą omówiane w drugiej części newslettera (publikacja w końcu marca 2018).

ORZECZENIA, W RAMACH KTÓRYCH KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA BADAŁA KWESTIĘ RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY.

Kilkanaście z orzeczeń KIO wydanych w styczniu 2018 roku dotyczy kwestii rażąco niskiej ceny oferty. Uzasadniając swoje rozstrzygnięcia KIO obszernie omawiała kluczowe kwestie dotyczące tej problematyki.

Kryteria badania ceny.

W wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 34/18, Izba wskazała, że pomimo, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, to jednak w orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że występuje ona m.in. wówczas, gdy jest nierealistyczna, gdy nie budzi wątpliwości, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie za nią przedmiotu zamówienia byłoby nieopłacalne lub gdy różnica cen nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi okolicznościami, pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Izba odwołała się przy tym do wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23.04.2009 r., XII Ga 88/09.

W wyroku z dnia 11.01.2018 r., KIO 2704/17, Izba przypomniała, że punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, a także wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego. Podkreśliła przy tym jednak, że wartość przedmiotu zamówienia, to wartość ustalona przez zamawiającego z należytą starannością przed wszczęciem postępowania i powiększona o należyty podatek od towarów i usług (zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy PZP). W sprawie, w której orzeczenie to zapadło, istotne znaczenie miało bowiem ustalenie, czy wartość przedmiotu zamówienia została określona w sposób prawidłowy.

W wyroku z dnia 11.01.2018 r., KIO 2729/17, Izba podkreśliła, że mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do odgórnego założenia, że cena jest nierealna. KIO odwołała się do orzeczenia TSUE z dnia 22.06.1989 r., C-103/88, Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano, w myśl którego jest niedopuszczalne – jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych – automatyczne, dokonywane wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest możliwe dopiero, gdy zamawiający ma pewność, że zamówienie nie zostanie należycie wykonane za zaoferowaną cenę. Pewność tą uzyskuje z kolei dopiero po wyjaśnieniach wykonawcy, który wykaże w jaki sposób kalkulował proponowaną przez siebie cenę i czy wykonanie danej usługi jest w ramach owej ceny możliwe.

W wyroku z dnia 12.01.2018 r., KIO 2749/17, Izba wskazała natomiast, że samo arytmetyczne porównanie cen złożonych ofert nie uzasadnia odrzucenia oferty tylko z powodu rażącego zaniżenia jej ceny. Powołała się przy tym na wyrok TSUE w sprawie C-295/89 Impresa Dona Alfonsa oraz w sprawie C-599/10 SAG Slovensko, a ponadto na wyrok KIO w sprawie KIO 500/15.

Kiedy zamawiający powinien żądać od wykonawcy wyjaśnień?

W wyroku z dnia 11.01.2018 r., KIO 2729/17, KIO podkreśliła, że zamawiający powinien każdorazowo rozważyć czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, natomiast obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Izba powołała się przy tym na wyrok SO w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07. Zamawiający zwraca się do wykonawcy o wyjaśnienia, jeżeli „wydaje się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie „budzi wątpliwość” zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Izba wyjaśniła, że pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia zamawiającego, z którego nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienie, rozpoznawanego w danych realiach rynkowych. Druga z przesłanek dotyczy wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za konkretną cenę, np. gdy zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, jak również nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej, np. przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych, z zachowaniem określonych standardów. Izba powołała się przy tym na inny wyrok KIO z dnia 27.02.2017 r., KIO 293/17.

W wyroku z dnia 5.01.2018 r., KIO 2643/17, Izba oceniała zarzut rażąco niskiej ceny dotyczący jednej, wybranej pozycji z kosztorysu wykonawcy. Izba wskazała, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczanie prac według faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w formularzu ofertowym wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie. KIO uznała, że stawka za roboczogodzinę w wysokości 2,09 zł dla pracy wykonywanej przez osobę zatrudnioną na umowę o pracę, w sytuacji gdy wykonawca jest związany przepisami określającymi minimalne wynagrodzenie godzinowe, powinna budzić wątpliwości zamawiającego. Izba podkreśliła przy tym, że obowiązek zamawiającego wynikający z art. 90 ust. 1 PZP nie jest całkowicie uznaniowy - tj. należy przyjąć, iż mogą zaistnieć okoliczności, w obliczu których zamawiający winien jest te wątpliwości powziąć i w tym zakresie KIO powołała się na swój wyrok z dnia 2.11.2017 r., KIO 2007/17, KIO 2014/17.

ORZECZENIA, W RAMACH KTÓRYCH KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA BADAŁA KWESTIĘ RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY.Standard wyjaśnień wykonawcy i przedstawianych dowodów.

Analiza styczeniowych orzeczeń Izby wskazuje, iż wyjaśnienia wykonawców dotyczące sposobu kalkulacji przez nich ceny oferty są często uznawane za niewystarczająco szczegółowe, nie pozwalające na zwalczenie domniemania rażąco niskiej ceny. W wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 17/18, Izba krytycznie odniosła się do powszechnych praktyk wykonawców, określając je mianem „beletrystyki” polegającej na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej, acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc., które nic nie wnoszą do sprawy i nie noszą informacji o możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych.

W swoich orzeczeniach KIO wielokrotnie podkreśliła jaki winien być standard wyjaśnień lub dowodów przedstawianych przez wykonawcę. W wyroku z dnia 8.01.2018 r., KIO 2703/17, Izba wskazała, że dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i powołała się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5.01.2007 r., V Ca 2214/06, wyrok KIO z dnia 17.10.2016 r., KIO 1851/16, wyrok KIO z dnia 10.11.2016 r., KIO 2017/16. Zdaniem Izby, zdawkowe i ogólne wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia takiego domniemania. Wyjaśnienia powinny być możliwie szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy PZP mówi o dowodach na ich potwierdzenie.

W wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 23/18, KIO wyjaśniła, że słowo „wykazać” oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić - dla skutecznego wykazania nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyliczyć, ale także udowodnić, czy choćby przekonująco uprawdopodobnić, wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Izba powołała się przy tym na wyrok KIO z 14.04.2015 r., KIO 637/15. W omawianej sprawie, wykonawca nie dołożył elementarnej, wymaganej w profesjonalnym obrocie, staranności. Skalkulował bowiem cenę nie biorąc pod uwagę żadnych kosztów, które sumarycznie mogą całkowicie skosmować dochód z realizacji umowy, a nawet doprowadzić do realizacji go ze stratą lub przy pominięciu niektórych czynności wymaganych przez zamawiającego.

W wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 17/18, KIO wskazała, iż nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Zależy on od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji. Tylko tak będzie można ocenić, i przyjąć, właściwy sposób kalkulacji ceny i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. W ocenie Izby wyjaśnienia zawsze powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Izba wskazała, że jeżeli okoliczności obiektywnie są możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy, to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców i inne, wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach, dotyczą wyłącznie założeń przyjętych podczas kalkulacji ceny, to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i złożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. W takiej sytuacji ustalenie czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej opierać się będzie na samych wyjaśnieniach wykonawcy.

Na wyjaśnieniach wykonawcy oparł się zamawiający w sprawie zakończonej wydaniem wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 2740/17. Izba zweryfikowała czynności zamawiającego związane z podejrzeniem rażąco niskiej ceny usług ubezpieczeniowych. W tego typu sprawach wykazanie związku pomiędzy ceną a kosztami nie jest proste. Jednakże zamawiający, a w ślad za nim KIO, uznał, że wyjaśnienia wykonawcy były satysfakcjonujące i jego oferta nie została odrzucona. Izba potwierdziła, że ze względu na charakter działalności ubezpieczeniowej wykazanie, że cena nie jest rażąco niska może odbyć się na innych zasadach niż np. w przypadku robót budowlanych. Nie jest bowiem możliwe dokonanie oceny prawidłowości wyliczenia składki ubezpieczeniowej w ramach określonego kontraktu, ponieważ wymagałoby to poddania analizie całokształtu działalności całego podmiotu, w tym oceny przyjętego systemu zarządzania ryzykiem, wdrożonych instrumentów ostrożnościowych oraz obliczonego kapitałowego wymogu wypłacalności. Dlatego możliwe było oparcie się przez zamawiającego na wyjaśnieniach wykonawcy i analizie przedstawionych przez niego założeń na potrzeby ustalania składki ubezpieczeniowej. Założenia mieściły się w jednej ze stosowanych metod szacowania ryzyka i były zgodne z wytycznymi ujętymi w przepisach ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej z dnia 11.09.2015 r. Dodatkowo zamawiający, dla celów oszacowania przedmiotu zamówienia, oceny złożonych w postępowaniu ofert oraz wyjaśnień zamawiającego wykorzystał wiedzę i doświadczenie podmiotu zewnętrznego, co zostało należycie udokumentowane w protokołach z posiedzeń komisji przetargowej.

ORZECZENIA, W RAMACH KTÓRYCH KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA BADAŁA KWESTIĘ RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY.

Zasada jednokrotnego wzywania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Izba dostrzega również, iż sami zamawiający żądając wyjaśnień od wykonawców, formułują swoje pytania zbyt ogólnie, przez co nie otrzymują adekwatnych wyjaśnień, co wymusza kierowanie do nich dalszych pytań i przedłuża procedurę. Pochodną niewystarczającej jakości pytań zamawiającego oraz wyjaśnień wykonawców jest kwestia dopuszczalności wielokrotnego wzywania wykonawców do składania wyjaśnień w sprawie sposobu kalkulacji ceny.

Co do zasady Izba przyjmuje, że wykonawca powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień tylko raz. W wyroku z dnia 29.01.2018 r., KIO 2714/17, Izba podkreśliła, że zasada ta znajduje zasadniczo zastosowanie w sytuacjach, w których wezwanie zamawiającego precyzyjnie wskazywało okoliczności podlegające wyjaśnieniu. Wówczas, w braku wyczerpującej odpowiedzi ze strony wykonawcy, nie należy ponownie wzywać go do złożenia wyjaśnień, a jedynie stwierdzić, że wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu – ze skutkiem odrzucenia oferty. Ponowne wzywanie w trybie art. 90 PZP winno ograniczać się do sytuacji, w których zamawiający wystosował ogólnikowe wezwanie i otrzymał odpowiedź o równie ogólnym charakterze, bądź przypadków, gdy po uzyskaniu wyjaśnień zaistniała potrzeba uszczegółowienia informacji w zakresie nieobjętym uprzednim wezwaniem.

Podobnie, w wyroku z dnia 8.01.2018 r., KIO 20703/17, Izba za słuszną przyjęła argumentację przystępującego, a wynikającą z treści wyroku z dnia 28.07.2017 r., KIO 1431/17, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości oraz ponowienie wezwania nie może stanowić „ratowania” oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

W wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 34/18, Izba podkreśliła, że zamawiający powinien poprawnie sformułować ponowne wezwanie i zażądać doprecyzowania wyjaśnień lub szerszych informacji w zakresie już złożonym w sposób ogólny, z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy związanych ze świadczeniem usług nim objętych. Ponowne żądanie wyjaśnień nie może jednak prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień. Izba wskazała, że możliwość ponownego zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia, budzące wątpliwości wynika z orzecznictwa KIO, np. wyroku z dnia 27.07.2017 r., KIO 1336/17, wyroku z dnia 18.02.2016 r., KIO 150/16, wyroku z dnia 23.03.2017 r., KIO 416/17, a także sądów okręgowych, np. wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9.12.2010 r., V Ga 122/10. Leży to w interesie zamawiającego, który w przypadku rzetelnej odpowiedzi wykonawcy na jego wystąpienie uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych przez wykonawcę kosztów i zapewnia sobie możliwość oceny realności wykonania przedmiotu zamówienia, jak również zapobiega odrzuceniu korzystniejszej pod względem ekonomicznym oferty. Izba przytoczyła wyrok KIO z dnia 7.03.2017 r., KIO 321/170: w sytuacji, gdy zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości, co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny oferty, a wykonawca złożył wyjaśnienia, ale nie wynika z nich jednoznacznie, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę, a niektóre elementy wyjaśnień co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości, jest możliwe wezwanie wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień.

Ciężar dowodu w sprawie rażąco niskiej ceny.

KIO odniosła się w swoich orzeczeniach do kwestii rozkładu ciężaru dowodu.

W wyroku z dnia 8.01.2018 r., KIO 2703/17, Izba wskazała, że dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy.

W wyroku z dnia 12.01.2018 r., KIO 2749/17, Izba podniosła jednak, że jakkolwiek art. 191 ust. 1a PZP stanowi, że w przypadku zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który daną ofertę złożył, to odwołujący, który domaga się odrzucenia oferty konkurenta, nie jest całkowicie zwolniony z powinności dowodowych. Art. 190 ust. 1 zd. 2 PZP stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń oraz na odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony uczestnicy mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W okolicznościach sporu należałoby zatem oczekiwać od odwołującego staranności, polegającej co najmniej na wykazaniu poziomu cen rynkowych lub podstawowych grup kosztów.

ORZECZENIA, W RAMACH KTÓRYCH KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA BADAŁA KWESTIĘ RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY.

Z kolei wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 34/18, Izba wyjaśniła, że w przypadku złożenia wyjaśnień przez wykonawcę, jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażąco niskiej ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne i powołała się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07. W przedmiotowym stanie faktycznym sprawy ciężar dowodu w zakresie nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez przystępującego, a w konsekwencji istnienia w ofercie przystępującego rażąco niskiej ceny, spoczywał na odwołującym. Wobec objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, co nie było kwestionowane przez żadną ze stron, odwołujący miał w tym zakresie utrudnione zadanie. Podjął próbę wykazania z jakich powodów oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę oraz, w zakresie w jakim powziął o nich wiadomość z otrzymanych pism od zamawiającego i przystępującego oraz stanowisk tych podmiotów zaprezentowanych na rozprawie, próbę wykazania z jakich względów wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego nie mogły służyć uznaniu, że oferta przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Dowodzenie rażąco niskiej ceny w przypadku objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oferty innego zamawiającego.

W wielu sprawach, m.in. ze względu na zastrzeżenie wyjaśnień w sprawie ceny jako zawierających informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, weryfikacja takich wyjaśnień przez odwołującego jest utrudniona.

W wyroku z dnia 15.01.2018 r., KIO 2718/17, Izba badała kwestię rażąco niskiej ceny, w której odwołujący nie miał dostępu do dokumentacji oferty kwestionowanej ze względu na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarzut został oddalony. Przedmiotem przetargu była m.in. obsługa i rozliczanie płatności bezgotówkowych dokonywanych przy użyciu kart płatniczych i z wykorzystaniem przelewów. Odwołujący podnosił, że ma najniższe stawki z bankami i utrzymywał, że stawka prowizji (stanowiąca czynnik cenotwórczy) powinna zostać wyliczona w jeden, wskazany przez niego sposób. Podnosił również, że w celu weryfikacji prawidłowości wyliczenia przez przystępującego (po stronie zamawiającego) stawki prowizji, należałoby zbadać umowy z bankami i wnioskował o powołanie biegłego z dziedziny rachunkowości, bądź księgowości, który wyciągnąłby stawki z umów dotyczących marży, a następnie policzył je przy pomocy średniej ważonej. Rozpatrując odwołanie, Izba podniosła, że odwołujący nie kwestionował zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego, co w konsekwencji pozbawiło go możliwości merytorycznego odniesienia się do treści wyjaśnień udzielonych przez przystępującego. Oddaliła zatem wniosek o powołanie biegłego, ponieważ, w ocenie Izby, zmierzałby do tego, aby biegły dokonał za odwołującego analizy niejawnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, a ponadto zmierzałby do swoistego konwalidowania skutków braku aktywności ze strony odwołującego w zakresie kwestionowania zasadności objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto, biegły musiałby wydać opinię w oparciu o dokumenty niewymagane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz co do których sam zamawiający w toku rozprawy przyznał, że nie były wymagane ani potrzebne w celu obliczenia ceny oferty, co w tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, byłoby zbyt daleko idące.

W wyroku z dnia 9.01.2018 r., KIO 2633/17, Izba nie uznała jednak zarzutu rażąco niskiej ceny za zasadny, chociaż zastrzeżenie tajemnicy nie zostało obronione. Pomimo, iż odwołujący się wykonawca miał niewątpliwie trudności z ewentualnie pełniejszym w tym zakresie postawieniem zarzutów dotyczących ceny, to jednak został on postawiony i dlatego Izba dokonała jego oceny i zarzut ten oddaliła. Tym samym Odwołujący utracił prawo do ponownego składania odwołania w tym zakresie – co mógłby uczynić po ujawnieniu informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Dlatego też Izba w tym stanie faktycznym uznała brak wpływu zastrzeżonych ww. dokumentów oferty na wynik postępowania i oddaliła odwołanie.

Dowodzenie braku rażąco niskiej ceny na etapie postępowania odwoławczego.

Ze względu na treść przepisów ustawy PZP określającej rozkład ciężaru dowodowego w postępowaniu przez KIO w praktyce występują problemy dotyczące przedmiotu i zakresu tego postępowania, czy też szerzej – kwestii będących przedmiotem oceny przez KIO w związku z żądaniem opartym o twierdzenie rażąco niskiej ceny oferty.

W wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 2740/17, Izba wyjaśniła, że zamawiający nie jest zobowiązany, aby wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przedmiotem oceny KIO jest natomiast to, czy wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w myśl art. 90 ust 1 ustawy PZP były wystarczające i czy zostały przez zamawiającego ocenione w sposób właściwy, a w konsekwencji, czy zamawiający podjął słuszną decyzję co do odrzucenia lub nieodrzucenia danej oferty.

W wyroku z dnia 8.01.2018 r., KIO 2703/17, Izba podkreśliła, że orzekając bierze pod uwagę stan, jaki istniał w dniu, w którym ocena ta została dokonana. Izba nie uwzględniła tym samym okoliczności i dowodów, które zostały przez odwołującego powołane dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a którymi zamawiający nie dysponował na dzień dokonywania oceny złożonych wyjaśnień. Wskazała, że etap postępowania odwoławczego nie jest tym, w którym należy dowodzić prawidłowości zaoferowanej ceny. Ocena wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny należy do obowiązków zamawiającego, Izba natomiast bada tylko jej prawidłowość, z uwzględnieniem informacji jakimi zamawiający dysponował w chwili jej dokonania. Izba powołała się również na swój wyrok z dnia 24.11.2017 r., KIO 2380/17.

ORZECZENIA, W RAMACH KTÓRYCH KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA BADAŁA KWESTIĘ RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY.

Takie samo stanowisko Izba zajęła w wyroku z dnia 16.01.2018 r., KIO 2725/17, powołując się na wyroki Sądów Okręgowych w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., X Ga 127/08, i Warszawie-Praga z dnia 09.04.2010 r., IV Ca 1299/09.

Przytoczyła ich wypowiedzi w omawianej kwestii, w tym, że z „przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty.”

Podobne stanowisko Izba zajęła również w wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 34/18, podkreślając, że rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP, skoro postępowanie odwoławcze przed KIO stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny i powołała się na swój wyrok z dnia 16.12.2010 r., KIO 2604/10. Izba ocenia więc treść wyjaśnień, jakimi dysponował zamawiający oraz czynność ich oceny przez Zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego przed Izbą. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, IV Ca 1299/09, Izba podniosła, że składanie przez skarżącego, dopiero na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO i powołała się swoje wyroki z dnia 27.07.2017 r., KIO1336/17 i z dnia 28.02.2017 r., KIO 288/17.

Z kolei w wyroku z dnia 29.01.2018 r., KIO 2017/2717, Izba dopuściła możliwość przedstawienia w postępowaniu odwoławczym dowodów na odparcie zarzutu rażąco niskiej ceny, jeżeli dowody dotyczą okoliczności niebędących przedmiotem wezwań kierowanych do wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

KONTAKT



Marcin Koper
radca prawny
Partner

E: m.koper@spcg.pl
T: +48 12 427 24 24

Siedziba Kancelarii:
ul. Jabłonowskich 8
31-114 Kraków
T: +48 12 427 24 24
E: spcg@spcg.pl

Oddział w Katowicach:
ul. Warszawska 10
40-006 Katowice
T: +48 32 352 19 60
E: katowice@spcg.pl

Oddział w Warszawie:
ul. Złota 59
00-120 Warszawa
T: +48 22 244 83 00
E: warszawa@spcg.pl

Oddział we Wrocławiu:
ul. Więzienna 21/31
50-118 Wrocław
T: +48 71 722 42 10
E: wroclaw@spcg.pl